

УДК 347.1:342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v96.2022.12>

Б. В. Фасій

ПРАВАЗАСТОСОВНИЙ І СУДОВИЙ РОЗСУД У ПРИВАТНОМУ ТА ПУБЛІЧНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Під час воєнного стану відбувається певне «звуження», обмеження приватного інтересу на користь інтересу публічного. Це означає також і звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану. З метою з'ясування цих меж слід визначитися спочатку з тими категоріями, які мають значення для даної проблематики.

Однією з найбільш складних і дискусійних проблем в українській цивілістиці є проблема розсуду в приватному праві. При цьому, на відміну від деяких інших правових питань, які або викликають бурхливі суперечки серед практикуючих юристів, або, навпаки, привертають увагу тільки вчених-правників, розсуд у праві цікавить як одних, так й інших.

Серед науковців, які досліджують правозастосовний або судовий розсуд, відсутня єдність у визначенні відповідного виду розсуду.

Постановка завдання. Метою статті є розглянути правозастосовний і судовий розсуд у цивільному та адміністративному праві.

Виклад основного матеріалу. Досить цікавим є дослідження А. Барака, присвячене суддівському розсуду. Науковець зазначає, що категорія «розсуд» має більш ніж одне значення і його розуміння залежить від контексту. Сам він тяжіє до визначення розсуду у якості повноваження, що надане особі, яка має владу обирати між двома або більше альтернативами, причому кожна з альтернатив є законною. Тобто, це вибір між різними можливими рішеннями, між двома або більше лініями, котра з яких є дозволеною [1, с. 13]. Таким чином, коли існує лише один законний варіант поведінки, розсуд відсутній. Розсуд припускає також відсутність обов'язку вибрати лише одну певну можливість із декількох. І це дає підставу для висновку, що розсуд це не одна позиція, а зона можливостей і всі вони мають бути законними, бо немає розсуду там, де є вибір між законною і незаконною можливістю. Варіанти визначаються не фізичною можливістю вибору того чи іншого варіанту, але юридичним критерієм законності виконання. Стосовно суддівського розсуду це означає, що проблема не має єдиного законного рішення (єдиного вірного рішення), а отже правова проблема є дуже непростюю і саме для вирішення таких проблем і існує суддівський розсуд [1, с. 14].

Повертаючись до правозастосовного та судового розсуду у наукових розвідках, слід констатувати, що у наявних нині наукових дефініціях досить чітко простежуються дві тенденції: по-перше, визначати категорію «розсуд» як належну суб'єкту свободу, право, повноваження на вибір певного рішення; по-друге, як специфічний вид діяльності. Перша позиція представлена в роботах таких вчених, як Д.М. Чечот, К.І. Комісаров та ін.

Так, на думку Д.М. Чечота, розсуд означає, що відповідний орган або посадова особа діє по своїй волі, не пов'язаний при прийнятті рішення будь-якою нормою. У межах наданих йому повноважень орган держави є вільним у виборі відповідної поведінки [2, с. 68].

К.І. Комісаров зазначає, що судовий розсуд – це надана суду правомочність приймати, погодившись з конкретними умовами, таке рішення з питань права, можливість якого впливає із загальних і лише щодо певних умов закону [3, с. 50].

У наведених тезах наукових робіт першої групи вчених виділяється спільна риса сформульованих ними дефініцій розсуду. Розсуд тут – це свобода, правомочність або повноваження.

Деякі інші смислові акценти розставлені у визначеннях, запропонованих іншою групою вчених, які досліджували категорію «розсуд». Тут більша увага приділяється «процесу розсуду». Так, В.Г. Антропов визначає не судовий розсуд, а більш широке, родове по відношенню до нього правозастосовний розсуд. Вчений вважає, що розсуд – це надана правом владна інтелектуально-вольова діяльність правозастосовця вибору суб'єктивно-оптимального рішення [4, с. 14].

В інтерпретації В.Ф. Бохана правозастосовний розсуд – це творча, інтелектуально-вольова діяльність компетентного суб'єкта, у процесі якої остаточно формується його моральна позиція по цій справі [5, с. 94].

На думку О.А. Папкової, судовий розсуд є діяльністю суду з розгляду спірних правових проблем, під якими розуміються питання, що виникають при розгляді справ, вирішення яких здійснюється на підставі розсуду суду в силу відповідної вказівки в нормі закону [6].

Аналізуючи розглянуті визначення категорії «розсуду», слід зазначити, що і перша, і друга група дефініцій має свої переваги і свої недоліки.

Тому питання про категорію «розсуду» у праві є досить складним і дискусійним. Як ми бачимо, протягом багатьох років проблема розсуду привертає увагу дослідників, які неоднозначно оцінюють категорію «розсуду» як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

Оскільки звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану напряму пов'язана як з нормативними обмеженнями, запровадженими на період дії такого стану, так і з дискреційними повноваженнями органів влади та управління, зона дискреції яких у такому стані збільшується, необхідним є встановлення сутності понять «дискреція», «дискреційні повноваження».

Категорії «розсуду» є дуже близьким за значенням термін «дискреція» («дискреційний»), який іноді використовується в офіційних документах, як його синонім, (від лат. «discretion»), що означає вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд.

Дискреційні повноваження у адміністративному праві пропонується визначати як сукупність прав і обов'язків, закріплених адміністративним законодавством, для виконання покладених на орган виконавчої влади чи його посадову особу функцій, що надають йому певний ступінь свободи розсуду оцінювати ситуації, здійснювати правомірний вибір між законними альтернативами та не передбачають обов'язків узгоджувати свої рішення з будь-яким іншим суб'єктом [7, с. 211].

При цьому в літературі з адміністративного права поняття «розсуд» і «дискреція» вживаються як тотожні. Так, зазначається, що одним із важливих питань, пов'язаних із реалізацією передбачених Конституцією та законами України владних повноважень органів виконавчої влади (їх посадових осіб), є явище розсуду або дискреції. Воно обумовлено об'єктивними і суб'єктивними чинниками та існує поряд із принципом законності, являє собою суттєвий елемент державного управління.

Поняття «дискреційні повноваження» і «адміністративний розсуд» взаємопов'язані та є нерозривним об'єктивно-суб'єктивним опосередкуванням одного явища – дискреції, притаманного органам виконавчої влади та їх посадовим особам. Дискреційні повноваження є складовою частиною повноважень та обов'язковим структурним елементом компетенції органу виконавчої влади (посадової особи) щодо застосування адміністративного розсуду [8, с. 97–100].

Аналіз законодавства України дає змогу зробити висновок, що хоча саме поняття «дискреція» (розсуд) часто зустрічається в численних законах та підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «дискреція» відсутня.

Однак, як зазначає суддя Верховного Суду О. Губська [9], в національному законодавстві має місце інше визначення – дискреційні повноваження – сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з кількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом.

Аналіз судової практики дає підстави для висновку, що суди досить часто посилаються на Додаток до Рекомендації № Р(80)2 Комітету Міністрів Ради Європи, в якому визначено поняття дискреційного повноваження – повноваження, що його адміністративний орган влади, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто коли такий орган може обрати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає кращим за певних обставин [10].

11 квітня 2018 року Верховним Судом було оприлюднено «Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією». У цьому висновку зазначається, що дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти. Якщо діяти, то у виборі варіанта рішення чи дії серед варіантів, що прямо або опосередковано закріплені в законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження з кимось обраного варіанта.

Вибір варіанту передбачає встановлення фактичних обставин справи й надання їм юридичної оцінки; пошук відповідної норми права та перевірку її дії або вирішення питання щодо застосування аналогії (закону); з'ясування змісту норми права (тлумачення правової норми); здійснення вибору оптимального варіанту рішення, вчинення дій, утримання від дій. Таке право органу виконавчої влади (посадової особи) обумовлене певною свободою, тобто, адміністративним розсудом, в оцінюванні, діях або утриманні від дій (бездіяльність), а якщо у діях – то у виборі одного

з варіантів рішень (дій) чи правових наслідків. Це вибір лише однієї із законних альтернатив. Вибір може здійснюватися між двома й більше альтернативами. При цьому, вибір може бути обмеженим, коли всі альтернативи, з яких слід вибирати, вичерпно передбачені законом (закритий перелік альтернатив). Крім того, вибір може здійснюватися з невизначеної кількості альтернатив, тобто вибір може бути необмеженим (*так званий відкритий перелік альтернатив*) [11].

Проблема розсуду не є новою для науки адміністративного права, більше того, вона є досить дослідженою саме в цій галузі права. На сьогодні розсуд розглядається як необхідний елемент управління державними справами, виключний спосіб реалізації державно-владних повноважень органів виконавчої влади та їх посадових осіб.

В.М. Дубовицький [12] і Г.Й. Ткач [13] зазначають, що розсуд таких суб'єктів (адміністративний розсуд) обумовлений приписами правових норм, які не встановлюють конкретного варіанту дій, але наділяють їх певним ступенем свободи (можливістю) при здійсненні виконавчо-розпорядчої (управлінської) діяльності обирати найбільш корисне, доцільне рішення чи вчиняти відповідні дії в межах, визначених правовими нормами. Ю.О. Тихомиров [14, с. 167], Е.О. Чабан [15, с. 238–239] зауважують, що такий вибір має бути вмотивованим та має здійснюватись у межах компетенції суб'єкта владних повноважень.

Термін «розсуд» загалом пропонується розуміти як право органів виконавчої влади (їх посадових осіб) щодо «вибору варіанту поведінки, рішення чи передбачуваного наслідку правової норми» [16, с. 265], коли залишений нормою права певний простір має заповнити орган чи особа, який застосовує норму. Це право впливає з системи обов'язкових для них правил поведінки – адміністративно-правових норм, санкціонованих державою, спрямованих на врегулювання суспільних відносин.

Саме у науці адміністративного права досліджуються питання так званого «вільного розсуду», оскільки поняття «вільний» не є органічним для публічного права, де відповідні фігуранти держави мають діяти у межах, чітко визначених законом. Так, зокрема, зазначається, що Вищий адміністративний суд України (надалі – ВАСУ) у власних рішеннях нерідко ототожнює поняття «дискреція» і «вільний розсуд» суб'єкта владних повноважень (наприклад, ухвала ВАСУ від 09 лютого 2016 р. по справі № К/800/4382/15) [17]; «вільний» та «адміністративний розсуд» органу виконавчої влади (до прикладу, ухвали ВАСУ від 17 листопада 2016 р. по справі № К/800/32314/15 [18]), що не зовсім виправдано з огляду на ступінь свободи волі суб'єкта та її спрямованості.

Розсуд може мати необмежений (абсолютний) характер. Так, коли вирішення певного питання здійснюється за власним бажанням суб'єкта, а вибір мети, способів її досягнення, а також можливість виражати свою волю і приймати рішення, вчиняти дії (не вчиняти дій) нічим і ніким не обмежується, тобто є «довільною» (нічим не обмежена, яка виникає, здійснюється за власним бажанням, яка не впливає з чого-небудь; необґрунтована, позбавлена аргументації [19, с. 334]), то розсуд має абсолютний характер – безумовний, необмежений, повний, безвідносний. Це так званий «вільний розсуд», нічим не обмежений, здійснений по своїй волі розсуд, який може включати всі прояви «свободи волі» – «правильну» волю

та/або «неправильну» волю особи. «Вільний» за Словником української мови трактується як незалежний; який має право або можливість діяти, чинити зі своєї волі, за власним бажанням; не обмежений певними законами, постановами; безперешкодний; який не відповідає певним нормам, правилам, стандартам [20, с. 673]. При цьому слід зазначити певну умовність «абсолютності» вільного розсуду, оскільки навіть у приватному праві цей розсуд не є абсолютним, оскільки обмежується розсудом іншого суб'єкта.

Для права публічного поняття «вільний розсуд» є практично неприпустимим, оскільки може стати «свавіллям» під яким розуміється: 1) «необмежена влада, відсутність законності, справедливості»; 2) «схильність діяти на власний розсуд, не зважаючи на волю й думку інших – самовілля»; 3) «свавільна поведінка, свавільний вчинок» [21, с. 63]. Науковці у сфері адміністративного права наголошують на тому, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Власне, це означає, що розсуд суб'єктів владних повноважень є обмеженим чітким приписом норми права і обмежений наявністю певної мотивації, обґрунтуванням прийнятого варіанту рішення, передбачає наявність певних меж, що мають стримувати суб'єкта владних повноважень при здійсненні розсуду.

Висновки. У теорії та юридичній практиці термін «розсуд» розуміється як свобода вибору органів виконавчої влади (їх посадових осіб), обмежена сукупністю формально-юридичних (фактичні обставини, повноваження, компетенція, строки та ін.) та змістовних (принципи верховенства права, законності, дотримання прав і свобод людини, добросовісності, розумності, справедливості) вимог, дотримання яких не дають стати розсуду джерелом свавілля.

Крім цього, необхідно враховувати можливості, коли адміністративний орган таки може приймати рішення, змінюючи своє ставлення до принципу рівності з причин загального або публічного інтересу чи у зв'язку з тим, що минула практика застосування дискреційних повноважень визнана протиправною або невідповідною, наприклад, принципу справедливості тощо.

Література

1. Барак Аарон. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999. 376 с.
2. Чечот Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л. : ЛГУ, 1973. 134 с.
3. Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе. *Советское государство и право*. 1969. № 4. С. 49–56.
4. Антропов В. Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический анализ) : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1995. 180 с.
5. Бохан В. Ф. Формирование убеждения суда. М. : БГУ, 1973. 160 с.
6. Папкова О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве. *Законодательство*. 1999. № 2. С. 63–64.
7. Грінь А. А. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади України та їх реалізація. : дис. ... канд. юрид. наук зі спеціальності 12.00.07. К., 2019. С. 211.
8. Грінь А. А. Дискреція як особливий елемент повноважень органів виконавчої влади. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 3. С. 97–100.
9. Губська О. Дискреція та її межі: що говорить про це національне та міжнародне законодавство. Верховний Суд. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1050270>

10. Бевзенко В. М., Панова Г. В. Сутність та підстави втручання адміністративного суду у розсуд суб'єкта публічної адміністрації. К. : Вд Дакор. 2018. 232 с.
11. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією». URL: court.gov.ua
12. Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1981. 24 с.
13. Ткач Г. Й. Дискреційна влада публічної адміністрації і проблеми прав людини і громадянина. *Актуальні проблеми держави і права*. 2007. Вип. 35. С. 82–85.
14. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. Москва, 2001. 652 с. URL: <http://www.alleng.ru/d/jur/jur726.htm>
15. Чабан Е.А. Понятие и сущность процесса государственного управления и административное усмотрение. *Общество и право*. 2013. № 2(44). С. 236–240. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-suschnost-protssesa-gosudarstvennogo-upravleniya-i-administrativnoe-usmotrenie>
16. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / ред.кол.: В. Б. Авер'янов та ін. Київ : Юрид. думка, 2004. Т. 1 : Заг. частина. 584 с.
17. Ухвала Вищого адміністративного суду України. Справа від 09.02.2016 № К/800/4382/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. № 55796768. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55796768>
18. Ухвала Вищого адміністративного суду України. Справа від 17.11.2016 № К/800/32314/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. № 62885255. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62885255>
19. Колесник Г.М. Довільний. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін.; Ін-т мовознавства АН УРСР. Київ : Наук. думка, 1971. Т. 2 : Г–Ж / ред. П. П. Доценко, Л. А. Юрчук. 550 с.
20. Лагутина А. В. Вільний. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін. Київ : Наук. думка, 1970. Т. 1 : А–В / ред. П. Й. Горещкий, А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, Н. І. Швидка. 799 с.
21. Демчик Г. Н. Свалля. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін. ; Ін-т мовознавства АН УРСР. Київ : Наук. думка, 1978. Т. 9. 917 с.

Анотація

Фасій Б. В. Правозастосовний і судовий розсуд у приватному та публічному праві. – Стаття.

У статті досліджено складні та дискусійні питання сутності правозастосовного та судового розсуду у приватному та публічному праві. Проаналізовано правову науку, де більшість публікацій в основному зводиться до дослідження категорії «розсуд» за двома аспектами: вивчення правозастосовного розсуду в загальнотеоретичному ракурсі або дослідження судового розсуду як особливого різновиду правозастосовного. Досліджено сутність понять «дискреція» та «дискреційні повноваження», оскільки звуження меж розсуду учасників цивільних відносин в умовах воєнного стану напряму пов'язана як з нормативними обмеженнями, запровадженими на період дії такого стану, так і з дискреційними повноваженнями органів влади та управління, зона дискреції яких у такому стані збільшується. Категорія «розсуд» є дуже близьким за значенням термін «дискреція», який іноді використовується в офіційних документах, як його синонім, що означає вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд. Поняття «дискреційні повноваження» і «адміністративний розсуд» взаємопов'язані та є нерозривним об'єктивно-суб'єктивним опосередкуванням одного явища – дискреції, притаманного органам виконавчої влади та їх посадовим особам. Встановлено, що хоча саме поняття «дискреція» (розсуд) часто зустрічається в численних законах та підзаконних нормативно-правових актах, але на сьогодні законодавча дефініція поняття «дискреція» відсутня. Розсуд в публічному праві розглядається як необхідний елемент управління державними справами, виключний спосіб реалізації державно-владних повноважень органів виконавчої влади та їх посадових осіб. У науці адміністративного права досліджуються питання так званого «вільного розсуду», оскільки поняття «вільний» не є органічним для публічного права, де відповідні фігуранти держави мають діяти у межах, чітко визначених законом.

Ключові слова: цивільне право, адміністративне право, розсуд в праві, дискреція, дискреційні повноваження.

Summary

Fasii B. V. Enforcement and judicial discretion in private and public law. – Article.

The article examines complex and debatable issues of the essence of law enforcement and judicial discretion in private and public law. Legal science was analyzed, where the majority of publications are mainly reduced to the study of the category «discretion» from two aspects: the study of law enforcement

discretion in a general theoretical perspective or the study of judicial discretion as a special type of law enforcement. The essence of the concepts of «discretion» and «discretionary powers» has been studied, since the narrowing of the boundaries of the discretion of the participants in civil relations in the conditions of martial law is directly related to both the regulatory restrictions introduced during the period of such a state of affairs and the discretionary powers of authorities and management, zone whose discretion in such a state increases. Categories «discretion» is very close in meaning to the term «discretion», which is sometimes used in official documents as its synonym, which means the decision by an official or government body of any matter at its own discretion. The concepts of «discretionary powers» and «administrative discretion» are interrelated and are an inseparable objective-subjective mediation of one phenomenon – discretion inherent in executive authorities and their officials. It has been established that although the very concept of «discretion» (discretion) is often found in numerous laws and subordinate legal acts, there is currently no legislative definition of the concept of «discretion». Discretion in public law is considered as a necessary element of the management of state affairs, an exclusive way of exercising the state powers of executive authorities and their officials. In the science of administrative law, issues of so-called «free discretion» are investigated, since the concept of «free» is not organic to public law, where the relevant actors of the state must act within the limits clearly defined by law.

Key words: civil law, administrative law, discretion in law, discretion, discretionary powers.